XIII.

Ueber das Verbot der Veräußerung streitiger Sachen und Forderungen und dessen Umgestaltung im heutigen Rechte.

Von
Dr. **Zimmermann**,
Hofgerichtsrath zu Giessen.

In der neuesten Zeit ist die Lehre von dem Verbote der Veräußerung streitiger Sachen und Forderungen von mehrfachen Seiten behandelt worden.[1]) Manches ist indessen hierbei noch nicht genügend aufgeklärt, besonders auch rücksichtlich der heutigen Anwendung der Lehre, so daß ein wiederholter Versuch über dieselbe nicht überflüssig sein dürfte.

§. 1.

I. Römisches Recht.

Im römischen Rechte waren ursprünglich zunächst nur dem nicht besitzenden Kläger im Vindikationsprozesse Beschränkungen rücksichtlich der Veräußerung der Sachen auferlegt, über welche ein Streit anhängig geworden war, theils um den Beklagten vor einem lästigeren Gegner, theils um ihn vor dem Auftreten mehrerer Vindikanten gegen ihn zu schützen. Bei dem besitzenden Beklagten fehlte aber das Bedürfniß einer Bestimmung über etwaige,

---

1) Friedr. Theod. Albert Schmid. De litigiosarum rerum alienatione ex jure antejustinianeo. Jenae 1840. — J. J. Bachofen. Ausgewählte Lehren des Römischen Civilrechts. Bonn 1848. S. 57—88. Abh. 2. — C. R. Friedenthal. De rerum litigiosarum alienatione ex jure Romano. Berol. 1849. — Alfred Brinkmann. Darstellung der rechtlichen Grundsätze über die Litigiosität. Kiel 1849. — F. G. L. Strippelmann. Neue Sammlung bemerkenswerther Entscheidungen des Oberapell. Gerichtes zu Kassel. Th. V. Abth. 1. Nr. 40. S. 418 bis 441. — Kassel 1848.

den Kläger benachtheiligende Veräußerungen der in Anspruch genommenen Sache, weil der Beklagte regelmäßig angehalten wurde, Sicherheit wegen der Restitution der Sache oder wegen Leistung der aestimatio zu bestellen.[2]) Im Justinianeischen Rechte ist diese Sicherheisleistung außer Gebrauch,[3]) und nun wurde es allerdings von Wichtigkeit, auch den Kläger vor Gefährde des Beklagten zu schützen. Justinian verbot deßhalb die Veräußerung einer im Eigenthumsstreite befangenen Sache unter einer fiscalischen Strafe.

In der späteren Kaiserzeit wurde auch die Veräußerung im Prozesse befangener Forderungen untersagt.

Nach dieser allgemeinen Uebersicht sollen nun die einzelnen hierhergehörigen Bestimmungen folgen:

I. In den XII. Tafeln war es bei Strafe des doppelten Ersatzes verboten, eine im Eigenthumsstreite in Anspruch genommene Sache den Göttern zu bestimmen.

---

2) Gaji Institut. Commentarii. Lib. IV. §. 89. Igitur si verbi gratia in rem tecum agam, satis mihi dare debes; aequum enim visum est, te de eo, quod interea tibi rem, quae an ad te pertineat, dubium est, possidere conceditur, cum satisdatione mihi cavere; ut si victus sis, nec rem ipsam restituas, nec litis aestimationem sufferas, sit mihi potestas, aut tecum agendi, aut cum sponsoribus tuis. Ueber die Geschichte der Einleitung des Verfahrens bei dinglichen Klagen durch die legis actio sacramento, dann per sponsionem, und per formulam petitoriam, und der hierbei vorkommenden Grundlage des Verfahrens durch die cautio judicatum solvi und der in dieser vorkommenden clausula de dolo, durch welche zunächst die Veräußerung der Sache verhütet werden sollte, vgl. besonders Wetzell. Der römische Vindikationsprozeß. Leipzig 1845. Zimmern. Geschichte des römischen Privatrechts Bd. III. §. 64. 65. Walter. Geschichte des Römischen Rechts 2. Aufl. Th. II. §. 676. 677. Puchta. Kursus der Institutionen 2. Aufl. Bd. II. §. 168 S. 146ff. §. 232 S. 589ff.

3) pr. §. 1. 2. S. de satisdationibus (IV, 11) Sed hodie haec aliter observantur; sive enim quis in rem actione convenitur — — — nullam satisdationem pro litis aestimatione dare compellitur. vgl. Dig. de stipulationibus praetoriis (XLVI, 5) — judicatum solvi (XLVI, 7).

Gajus lib. VI. ad leg. XII. tabularam[4]): Rem, de qua controversia est, prohibemur in sacrum dedicare: alioquin dupli poenam patimur, nec immerito, ne liceat eo modo duriorem adversarii conditionem facere. Sed duplum utrum fisco, an adversario praestandum sit, nihil exprimitur. Fortassis autem magis adversario, ut id veluti solatium habeat, pro eo, quod potentiori adversario traditus est.

Dedicare heißt in seiner ursprünglichen Bedeutung: „antragen, bestimmen"[5]), ferner „anzeigen".[6]) Die Stelle läßt sich daher, abgesehen von der äußeren Stellung unter der exceptio litigiosi, nur von dem nicht besitzenden Kläger verstehen,[7]) weil es denn doch ein zu großes Opfer gewesen sein würde, wenn der besitzende Beklagte sich der Sache entäußert haben sollte, ohne eine Gegenleistung zu erhalten, aus dem einzigen Grunde, um einen beschwerlicheren Gegner aufzustellen.

II. Durch das Fragmentum de jure fisci §. 8. in Verbindung mit Gajus IV. §. 117. wurde zuerst der historische Ursprung des Verbotes bekannt. Das erstere lautet:

Qui contra edictum Divi Augusti rem litigiosam a (non possidente) comparavit, praeterquam quod emtio nullius momenti est, poenam quinquaginta sesternorum fisco re-

4) Fr. 3 D. de litigiosis (XLIV, 6.)

5) Sextus Pompejus Festus. De verborum significatione edid. Mueller 1839. pag. 70. sub voce: dedicata — dedicare proprie est dicendo deferre. — Aegidii Forcellini Totius latinitatis lexicon. Lips. 1839 sub. voce: dedico — dedicare in sacrum apud Gajum l. c. est; destinare, addicere, obligare.

6) Aulus Gellius, Noctes Atticae lib. VII. cp. 11. i. f. verbis: quam quanti omne instrumentum fundi Sabini in censum dedicavisti.

7) Schmid. l. c. 87. pag. 16 bezieht die Stelle auf den besitzenden Beklagten, während v. Vangerow Lehrbuch der Pandekten 6. Aufl. Marburg 1851 pag. 288. nr. 1. für das Wahrscheinlichste hält, daß dieses Verbot sowohl gegen den Kläger, als gegen den Beklagten gerichtet war. Vgl. Brinkmann a. a. O. S. 3—5. Friedenthal l. c. pag. 49 sqq. Mühlenbruch. Die Lehre von der Cession 3. Aufl. §. 29. S. 349.

praesentare compellitur. Res autem litigiosa videtur, de qua apud suum judicem (causa) delata est. Sed hoc in provincialibus fundis prava usurpatione obtinuit.

Hauptsächlich kommt es hier darauf an, ob man die Lücke mit „a possidente“, oder „a non possidente“ ergänzt. Nach Gajus IV. 117.

In his quoque actionibus, quae non in personam sunt, exceptiones locum habent, velut si .... item si fundum litigiosum sciens a non possidente emeris, eumque a possidente petas, opponitur tibi exceptio, per quam omnimodo summoveris, kann es aber wohl keinem Zweifel mehr unterliegen, daß die Lücke durch a non possidente ausgefüllt werden muß.[8] Ganz besonders wird dieß auch dadurch unzweifelhaft, weil der possidens nach der Auseinandersetzung von Gajus IV. 89 sqq.[9] bei dinglichen Klagen, obgleich die condemnatio stets nur auf eine Geldsumme, und nicht auf die in Anspruch genommene Sache selbst gerichtet werden konnte, dem Kläger Sicherheit wegen demnächstiger Herausgabe der Sache nebst Früchten, oder wegen Zahlung der litis aestimatio leisten mußte. Die von dem besitzenden Beklagten vorgenommene Veräußerung der vindicirten Sache konnte daher unmöglich für nichtig erklärt und der Käufer noch überdieß bestraft werden. Die Satisdationen würden sonst als ganz zwecklose Belästigung des Beklagten erschienen sein; er konnte getrost die Sache veräußern, mußte aber freilich dann die litis aestimatio nach der Bestimmung des Klägers durch das jusjurandum in litem entrichten, wegen deren Zahlung der

---

8) Schmid l. c. §. 8 pag. 20 liest a possidente und geht darum von einer verschiedenen Grundansicht aus. Ihm folgt Sintenis, das praktische gemeine Civilrecht Bd. I. §. 33. not. 10. besonders not. 16. S. 332 ff. Dagegen hat Bachofen a. a. O. S. 61 ff. für die richtige Leseart überzeugende Gründe angeführt. Ihm folgen Friedenthal l. c. pag. 34. und v. Vangerow a. a. O. S. 288. nr. 3.

9) Vergl. Not. 2.

Kläger im Voraus gedeckt war. Auch würde sich, wenn sich das Edict auf den besitzenden Beklagten beziehen sollte, die Beschränkung auf fundi nicht erklären lassen.[9a]) Ueberdieß ergiebt sich aus mehreren Zeugnissen, daß die von dem besitzenden Beklagten vorgenommenen Verkäufe, Verpfändungen und Freilassungen keineswegs als ungültig behandelt wurden.[10]) Der non possidens konnte aber den Italischen fundus (im Gegensatze der Provinzialgrundstücke, die am Schlusse des fr. de jure fisci §. 8. erwähnt sind) durch mancipatio auf Dritte übertragen, der Beklagte war daher während eines Vindicationsprozesses noch weiteren Vexationen durch neu auftretende Vindicanten ausgesetzt, was zur Zeit von Augustus nach den Bürgerkriegen von den Nachkommen der Proscribirten zur Wiedererlangung ihres konfiscirten Grundeigenthumes häufig versucht werden mochte.[11]) Da jedoch die mancipatio als Act der Eigenthumsübertragung von der Gültigkeit oder Ungültigkeit der emtio unabhängig war,[12]) so fand die vindicatio ipso jure ungeachtet der Ungültigkeit der emtio noch statt und dagegen schützte nun die exceptio litigiosi, welche Gajus l. c. hervorhebt.[12a])

9a) Vgl. fr. 27. §. 1. V. ad St. Vellej. (XVI, 1) fr. 1. §. 2. D. quae res pignori (XX, 3.)

10) Pauli Recept. Sentent. lib. V. tit. 2. §. 5. Si post motam intra tempora quaestionem res ad novum dominum emtione transierit, nec is per viginti annos fuerit inquietatus, avelli ei possessionem non oportet. c. 1 C. de praescript. longi temp. (VII. 33.) fr. 18. D. de R. V. (VI. 1) v. Vangerow a. a. O. S. 289. Friedenthal l. c. p. 18 sqq. Dagegen Schmid l. c. §. 15. pag. 41 sqq. §. 17. pag. 54. §. 19. p. 61.

11) Bachofen a. a. O. S. 60. 61 v. Vangerow a. a. O. S. 288. nr. 3.

12) Ulpiani fragmenta Tit. XIX. §. 3. 7. Bachofen a. a. O. S. 66. med.

12a) Ueber die Ausdehnung der exceptio litigiosi auf den Fall, wenn der Kläger die von ihm vindicirte Sache verpfändete und nun der Pfandgläubiger gegen den besitzenden Beklagten auftrat, vgl. fr. 1. §. 2. D. quae res pignori (XX., 3), woraus sich weiter ergiebt, daß man auch sogar auf Mobilien den Satz ausdehnte. Bachofen a. a. O. S. 73 ff. Friedenthal p. 38 sqq. v. Vangerow a. a. O. S. 289.

III. In dem Edicte des Prätors erhielt die Sache eine freiere Behandlung. Derselbe ging von dem Erfahrungssatze aus, daß die Rechtsverfolgung leicht durch Veräußerungen von Sachen erschwert werden könne und gewährte deßhalb eine Restitution gegen solche Veräußerungen durch Schaffung einer Klage auf das Interesse selbst für den Fall, wenn die Veräußerung schon vor erhobenem Prozesse, in Erwartung desselben, zum Nachtheile des Gegners, welcher demnächst als solcher aufzutreten die Absicht hatte, geschehen war.

Gajus lib. 4. ad edictum provinciale[13]: Omnibus modis proconsul id agit, ne cujus deterior causa fiat ex alieno facto. Et cum intelligeret, judiciorum exitum interdum duriorem nobis constitui opposito nobis alio adversario, in eam quoque rem prospexit, ut si quis alienando rem alium nobis adversarium suo loco substituerit, idque data opera in fraudem nostram fecerit, tanti nobis in factum actione teneatur, quanti nostra intersit, alium adversarium nos non habuisse. §. 1. Itaque si alterius provinciae hominem, aut potentiorem nobis opposuerit adversarium, tenebitur;

Paulus lib. 13. ad Edictum:[14] aut alium, qui vexaturus sit adversarium.

Paulus ibid.[15] Ait praetor: Quaeve alienatio judicii mutandi causa facta erit, id est, si futuri judicii causa, non ejus, quod jam sit.

Um so mehr mußte der Prätor der Ansicht sein, daß gegen die Gefahr der Rechtserschwerung während des Prozesses ein noch viel kräftigerer Schutz statt finden müsse. Diesen gewährte er, wie bereits erwähnt wurde, dadurch, daß er den Beklagten zur Sicherheits-

---

13) Fr. 1. D. de alienatione judicii mutandi caussa facta (IV, 7.) vgl. Mühlenbruch a. a. O. §. 29. S. 350 ff.
14) Fr. 2. h. t.
15) Fr. 8. §. 1. h. t.

leistung anhielt und hierbei am Schlusse der spätern stipulatio judicatum solvi die Clausel anhieng: dolum malum abesse abfuturumque esse.[16] Diese allgemeine Fassung sicherte den Kläger gegen alle arglistigen Veräußerungen, die während des Prozesses zu seinem Nachtheile vorgenommen wurden.

Das prätorische Edict wegen der Veräußerungen vor erhobenem Processe bezog sich zunächst auf denjenigen, welcher im demnächstigen Prozesse die Rolle des Beklagten hätte übernehmen müssen.[17] Aber es wurde auch in dem Falle, wenn ein anderer Kläger vorgeschoben wurde, wenigstens in so weit angewendet, daß man dem, welcher in Folge der Veräußerung als neuer Kläger auftreten wollte, die Klage denegirte.[18]

Bemerkenswerth ist es übrigens, daß sich das Edict des Prätors nicht allein auf den Gegenstand der dinglichen Klagen,[19] sondern auch auf den der s. g. actiones in rem scriptae bezog. Beispielsweise werden von den letzteren genannt: das interdictum quod vi aut clam, die actio aquae pluviae arcendae, die operis novi nunciatio, die actio ad exhibendum.[20] In Bezug auf den Kläger ist nur die rei vindicatio und das judicium communi dividundo erwähnt.

IV. In Bezug auf die Theilungsklagen scheint durch eine von Marcianus[21] erwähnte lex Licinnia insbesondere ein selbständiges, mit dem Edictum Divi Augusti nicht zusammenhängendes Verbot der Veräußerung eines Antheils an der gemeinschaftlichen Sache, sowohl vor als während des Prozesses ergangen zu sein.

---

16) Fr. 19. 20. D. judicatum solvi (XLVI. 7.) Puchta a. a. O. Bd. II. §. 232 S. 589. not. h. . . Wetzell a. a. O. §. 29. S. 219.

17) Vergl. auch c. unic. C. de alien. jud. mut. c. facta (II., 55).

18) Fr. 11. 12. D. h. t.

19) Fr. 3. §. 1. 5. fr. 4. §. 5. D. h. t.

20) Fr. 3. §. 2. 3. fr. 8. D. h. t.

21) Fr. 12. D. h. t.

Marcianus lib. 14. Institutionum: Si quis judicii communi dividundo evitandi causa rem alienaverit, ex lege Licinnia ei interdicitur, ne communi dividundo judicio experiatur, verbi gratia, ut potentior emtor per licitationem vilius eam accipiat, et per hoc iterum ipse recipiat. Sed ipse quidem, qui partem alienaverit, communi dividundo judicio si agere velit, non audietur.

Aus dem unter III. erwähnten Prätorischen Edicte wurde dann noch weiter deducirt: Is vero, qui emit, si experiri velit, ex illa parte edicti vetatur, qua cavetur: ne qua alienatio judicii mutandi causa fiat.

Papinianus lib. 7. Quaestionum.[22]) Alienationes enim post judicium acceptum interdictae sunt, duntaxat voluntariae, non quae vetustiorem causam, et originem juris habent necessariam.

Ulpianus lib. 19. ad Edictum:[23]) Sed et si usucapio fuerit coepta ab eo, qui heres non erat ante litem contestatam, et postea impleta fuerit, rem de judicio subducit.

Die Gemeinschaft hört durch Veräußerung eines Theiles derselben auf unter den Theilhabern, die ganze Sache wird dadurch dem judicium divisorium entzogen[24]) und deshalb ist die Veräußerung untersagt.[25])

V. Nach einem Rescript von Septimius Severus und Antoninus Caracalla wurde auch den procuratores Caesaris untersagt, Sachen zu veräußern, ehe sie dem fiscus definitiv zugesprochen waren.

Marcianus libro sing. de delatoribus:[26]) Res, quae in controversia sunt, non debent a procuratore Cae-

---

22) Fr. 13. D. familiae ercisc. (X., 2).

23) Fr. 14. D. eod.

24) Fr. 54. D. (X., 2). Bachofen a. a. O. S. 83.

25) c. 1. C. communi dividundo (III., 37.) vgl. noch fr. 25. §. 6. D. X., 2.

26) Fr. 22. D. de jure fisci (XLIX., 14.)

saris distrahi; sed differenda est eorum venditio, ut Divus quoque Severus et Antoninus rescripserunt. Et defuncto majestatis reo, parato herede purgare innocentiam mortui, distractionem bonorum suspendi jusserunt. Et generaliter prohibuerunt, rem distrahi a procuratore, quae esset in controversia. Offenbar stand diese Bestimmung mit dem Edictum Divi Augusti im nächsten Zusammenhange.

Durch ein Edict von Constantin wurde jenes Verbot des Augustus auch auf alle Veräußerungen, selbst an conjunctae personae ausgedehnt.

c. unic. pr. C. Th. de litigiosis (IV. 5.): Lite pendente illud, quod in controversiam devocatur, in conjunctam personam vel extraneam donationibus vel emtionibus, vel quibuslibet aliis contractibus minime transferri oportet, tanquam nihil factum sit, lite nihilominus peragenda. 331.

Diese Constitution findet sich auch im Codex von Justinian,[27] freilich nach dessen c. 4. C. de litigiosis stark interpolirt:[28]

Imp. Constantinus A. ad Provinciales: Lite pendente actiones, quae in judicium deductae sunt, vel res, pro quibus actor a reo detentis intendit, in conjunctam personam vel extraneam donationibus, vel emtionibus, vel quibuslibet aliis contractibus, minime transferri ab eodem actore liceat, tanquam si nihil factum sit, lite nihilominus peragenda. Dat. Kal. Mart. 331.

Die von dem Kläger in Anspruch genommene Sache soll danach von demselben Kläger nicht auf Andere übertragen werden können, in soweit schließt sich Justinian seiner Quelle an, dagegen ist der Eingang der Stelle aus der const. 4. entnommen, und zur Zeit Constantins war die Cession streitiger Forderungen, auf welche der allgemeine Ausdruck sich bezieht, noch nicht untersagt.[29]

27) c. 2. C. de litigiosis (VIII., 37).

28) Schmid l. c. §. 16. pag. 50 sqq. v. Vangerow, a. a. O. S. 290. nr. 4.

29) Mühlenbruch a. a. O. S. 355. 356 u. not. 246.

VII. Gratian, Valentinian und Theodosius verordneten a. 380.,[30]) daß, wenn ein Kläger eine res litigiosa, sei diese unbeweglich oder beweglich, oder eine durch Prozeß bestrittene Forderung aus einem Schuldscheine (ambiguum chirographum[31]) durch letztwillige Verfügung Jemandem hinterläßt, der Streit allein auf Gefahr des Erben des Klägers durchgeführt und dem Honorirten die aestimatio der hinterlassenen actiones vel res litigiosae gezahlt werden soll. Die Gleichstellung des chirographum ambiguum mit der res litigiosa, sowie die Wiederholung „actiones vel res litigiosae“ und der Ausdruck: litem peragant lassen wohl keinen Zweifel darüber, daß hier allerdings nur von Forderungen ex chirographo die Rede ist, über welche bereits ein Prozeß obschwebt.

VIII. Justinian endlich generalisirte diese letztere Bestimmung der c. 3. C. h. t. indem er sie auf alle Klagen, dingliche oder persönliche, ohne allen Unterschied bei den letztern, ob ex chirographo oder nicht, ausdehnte und jede Uebertragung auch unter Lebenden untersagte.

Außerdem traf aber Justinian eine ganz neue Anordnung, indem er nun auch dem besitzenden Beklagten die Veräußerung der gegen ihn im Eigenthumsprocesse in Anspruch genommenen Sache, sogar unter einer fiskalischen Geldstrafe, verbot und die Veräußerung zugleich, wie sich hiernach wohl von selbst verstehen mußte, für nichtig erklärte.

Imp. Iustinianus A. Ioanni P. P. c. 4. h. t. Censemus, ut si quis lite pendente vel actiones, vel res, quas

30) c. 3. C. h. t. (VIII., 37).

31) Vgl. v. Vangerow a. a. O. S. 290. Nr. 4. — Bachofen a. a. O. S. 70. not. 43 und S. 86 not. 85. dagegen nimmt an, daß nicht sowohl ein schon anhängiger, als ein erst zukünftiger Rechtsstreit vorausgesetzt sei und will deßhalb den an sich zweideutigen Ausdruck „litigiosam“ auch von allem Prozeß unabhängig aufgefaßt wissen. Dieß ist gewiß unrichtig, weil der Ausdruck „rem litigiosam“ durchaus unzweideutig und technisch ist, und der Ausdruck litem peragant nothwendig einen bereits im Gange befindlichen Prozeß voraussetzt.

possidet, ad alium quendam transtulerit, sive scientem, sive ignorantem, vitio litigiosi contractus subjacere etc. §. 1. — cum non emtori manifestaverit, rem in judicium deductam fuisse .... omnibus instrumentis, quae super hoc conficiuntur, nullam vim obtinentibus. etc. — a. 532.

Schon nach einigen Jahren entstanden jedoch in der Rechtssprechung Zweifel über den Sinn der res litigiosa, welche in Bezug auf den Kläger ihre frühere spezielle Bedeutung verloren hatte, und nur bei dem besitzenden Beklagten noch gebraucht werden konnte. Der allgemeine Ausdruck Justinians res, quas possidet konnte aber sehr wohl auf die Gegenstände aller dinglichen Klagen überhaupt bezogen werden, namentlich also, außer dem Objecte der Vindikation, auch auf die Sachen, welche mit der actio hypothecaria in Anspruch genommen wurden. Justinian entschied diese Streitfragen in der Nov. 112. cap. I. aus dem Jahre 541. In der praefatio giebt er die spezielle Veranlassung der Novelle an und erklärt seine Absicht, die deßfallsigen Zweifel zu lösen, ut jam manifestissimum sit, quas res vocari litigiosas oporteat, und fährt hiernach im cap. I. fort:

Ideoque sancimus, litigiosam dici et intelligi rem mobilem et immobilem, seseque moventem, de cujus dominio causa inter petitorem et possidentem movetur aut per judiciariam conventionem, aut per preces principi oblatas et insinuatas judici ac per eum adversario interpellatoris cognitas. — — — res aliquas; de quibus dominii dubitatio vertitur .. si quidem heres judiciali sententia dominus earum fuerit demonstratus. .... Ab hoc autem litigiosi vocabulo hypothecas separari decernimus et in his hanc distinctionem tenere, ut siquidem speciales res mobiles, vel immobiles aut se moventes nominatim fuerint hypothecae suppositae, liceat quidem debitori eas, cui et quando voluerit vendere, sic tamen, ut ex pretio earum usque ad debiti quantitatem satisfaciat creditori. Si autem hoc

debitor non fecerit, damus licentiam creditori, qui rem venditam suppositam habet, eandem rem vindicare, donec ei satis pro debito fiat. etc.

Iulianus in der Epitome Novellarum giebt in der const. 105. cp. 377. diese Novelle so wieder:[32]) Res mobiles, vel sese moventes vel immobiles litigiosas volumus appellari, quarum de dominio apud judicem inter actorem et possessorem quaestio orta est, aut judiciali admonitione aut per preces Imperatori porrectas, et apud judicem intimatas, ac per ipsum adversario litigatori manifestatas. .... De hypothecis autem quaestio rem litigiosam non facit. Nam et si specialiter hypothecae nomine res obligata sit, tamen vendere eam debitor non prohibetur, ita tamen, ut ex quantitate pretii creditori debitum persolvatur, aut si hoc factum non fuerit, licebit creditori hypothecariam movere et rem sibi suppositam vindicare, donec satisfiat etc.

Athanasius[33]) referirt die Novelle nach der lateinischen Uebersetzung so: Litigiosae (res) esse intelliguntur omnes res, quae de dominio habent controversiam motam .... Hypothecae verum verbo (rei) litigiosae non comprehendantur. Debitor igitur has vendere potest et ex pretio exinde (redacto) creditori satisfacere. Si vero hoc non faciet, creditor hypothecas ab eo, qui emit, vindicare (potest).

Ebenso Theodorus:[34]) 1) Litigiosa sunt, de quorum dominio contenditur. 2) Si quis de re tamquam litigiosa certet, de eo adversarium suum certiorem faciat, et tunc dominium ejus rei, cujus sit, aut per citationem magistratus, aut per precum oblationem manifestetur. — 4. Res suppositae litigiosis non comprehenduntur.

---

32) Petri et Franc. Pithoei Observationes ad Codicem et Novellas. Paris 1689. pag. 571.

33) Athanasii Scholastici Emiseni De novellis Justiniani commentarius Tit. V. cp. 2. in Heimbach Ἀνέκδοτα Tom. I. pag. 7.

34) Theodori (Scholastici) Hermopolitani Breviarium novellarum Justiniani. Nov. 112 — in Zachariae Ἀνέκδοτα pag. 106.

Auch in den Basilicis[35]) wird die Novelle in ähnlicher Weise wiedergegeben: De rebus, de quarum dominio disceptatur. — Litigiosa res et dicitur et intelligitur mobilis — — de cujus proprietate (οὗτινος περὶ τῆς δεσποτείας) — wörtlich wie im griechischen Texte der Nov. — quaestio inter actorem et possessorem movetur etc.

Nach allen diesen übereinstimmenden gewichtigen Zeugnissen kann nicht der mindeste Zweifel darüber obwalten, daß Justinian ganz ex professo den Begriff der res litigiosa dahin festgestellt hat, daß nur und allein bei Anstellung einer Eigenthumsklage die in Anspruch genommene specielle Sache res litigiosa ist und daher lite pendente bei Strafe nicht veräußert werden darf. Auffallender Weise wird auch der Gegenstand der actio hypothecaria ausdrücklich davon ausgenommen, obgleich dem Hypothekargläubiger doch eine utilis rei vindicatio zusteht,[36]) und Justinian selbst erklärt, derselbe könne die verhypothecirte Sache, wenn er bei deren Veräußerung nicht befriedigt werde, vindicare.

Hierdurch wurde zugleich nebenbei das bestehende Recht sehr wesentlich geändert, was häufig übersehen wird. Nach dem Pandektenrecht galt nämlich die Veräußerung einer als Faustpfand gegebenen oder speciell verhypothecirten beweglichen Sache als furtum, wenn diese von dem verpfändenden Eigenthümer ohne Einwilligung des Pfandgläubigers vorgenommen wurde, und rücksichtlich des in der Unwissenheit hierüber gelassenen Erwerbers als stellionatus.[37]) Diese Bestimmungen sind durch die Nov.

35) Basilicorum libri 60. edid. Heimbach tom. III. lib. 27. tit. I. pag. 147.

36) Fr. 16. D. de servitut. (VIII., 1.)

37) Fr. 19. §. 6. fr. 66. pr. D. de furtis (XLVII., 2.) fr. 381. D. stellionatus (XLVII., 20.) fr. 22 pr. D. de pignor. act. — (XIII., 7). §. 14. J. de obligat. quae ex delicto (IV., 1).

nunmehr aufgehoben, der Verpfänder hat die Erlaubniß, sogar während der Verhandlung über die gegen ihn erhobene act. hypothecaria die Sache zu veräußern.[38])

Außerdem haben aber auch durch diese Gesetzgebung Justinians die Bestimmungen über den fictus possessor, qui lite pendente dolo malo possidere desiit wenigstens bei der Eigenthumsklage ihre Anwendbarkeit verloren. Justinian hat hier eine neue empfindlichere Strafe für die dolosa mens und abscondita machinatio der älteren Strafe des dolus, bestehend in der Leistung der aestimatio rei nach dem Würderungseide des Klägers, substituirt und man kann daher nicht annehmen, daß in dieser Beziehung noch das Pandektenrecht fortwährende Gültigkeit haben sollte.[39])

Ein Motiv für die neuen Anordnungen Justinians, namentlich für das Verbot der Veräußerung der von dem Beklagten besessenen Sache, ist nicht angeführt, allein es scheint kaum zweifelhaft, daß man den Kläger nach dem Wegfallen der früher üblich gewesenen Sicherheitsleistung wegen Restitution der Sache oder Leistung der aestimatio vor Gefährde des Beklagten auf andere Weise sichern mußte, wie oben schon angedeutet wurde. Dem Kläger

---

38) Noch in den neuesten Lehrbüchern wird ohne Rücksicht auf die Nov. das Pandektenrecht als geltendes Recht vorgetragen. v. Vangerow a. a. O. Bd. I. §. 384. S. 991. Anm. 1. — Mackeldey. Lehrbuch des röm. Rechts 13. Aufl. Bd. II. §. 314. S. 105. Puchta. Pandekten 6. Aufl. §. 207. not. c. Dagegen Brinkmann a. a. O. S. 62 not. 64. Die Neuerung Justinians war gefährlich, denn nun konnte ein sonst zahlungsunfähiger Pfandschuldner das Pfand veräußern, der neue Besitzer konnte mit der Pfandklage belangt, wieder veräußern, und der Gläubiger hatte nur den leidigen Trost, stets neue Vindikationen anstellen zu dürfen.

39) Vgl. fr. 68. 69. 71. D. de R. V. (VI., 1.) Auch hierauf ist in den neuesten Lehrbüchern keine Rücksicht genommen. Vgl. v. Vangerow, a. a. O. Bd. I. §. 332. sub. III. 1. b. S. 734—736. Mackeldey a. a. O. Bd. II. §. 219. not. b. Puchta a. a. O. §. 168 not. o. f. S. 243.

mußte es von Wichtigkeit sein, die vindicirte Sache selbst zu erlangen. Wenn daher auch zur Zeit des ordo judiciorum die condemnatio selbst bei der Vindikation auf eine Geldsumme gerichtet war, so wurde doch der Beklagte durch die von ihm zu leistende Sicherheit indirekt genöthigt, die Sache selbst dem Kläger herauszugeben, und es wurde auch schon zur Zeit der classischen Juristen dem Kläger zu der Sache selbst verholfen, wenn der besitzende Beklagte dem deßfallsigen arbitrium des Richters nicht gehorchte.[40] Als diese Satisdationen nach dem Zeugnisse Justinians zu seiner Zeit außer Gebrauch gekommen waren, konnte zwar der besitzende Beklagte, welcher während des Vindikationsprozesses die in Anspruch genommene Sache veräußerte, allerdings zur Leistung der aestimatio angehalten werden, allein es lag nun doch der Gedanke nahe, dem Kläger direkt zu seinem Zwecke zu verhelfen. Dieß konnte aber am wirksamsten durch Strafen gegen den Veräußerer und Erwerber geschehen. Hierdurch erlangte der Kläger, wenn auch nicht eine unbedingte, doch für die Regel ausreichende Garantie, daß der Zweck des Verfahrens nicht vereitelt würde.[41]

Das Ergebniß für das Justinianeische Recht ist nun Folgendes:

---

40) Fr. 68. D. de. R. V. (VI., 1). Freilich ist häufig behauptet worden, daß hier eine Interpolation vorliege. v. Savigny. System Bd. V. S. 123. Wetzel a. a. O. S. 127. Dagegen von Bethmann-Hollweg. Handbuch des Civilprozesses Bd. I. S. 331. 332. Zimmern. Rechtsgeschichte Bd. III. S. 198. not. 13. Puchta. Kursus d. Instit. §. 179. S. 244. not. hh.

41) Wäre der leitende Gesichtspunkt der gewesen, daß im just. Rechte die frühere Verurtheilung auf Geld verschwunden sei, und Sentenz und Exekution nun auf die Sache selbst gerichtet werde, wie Bachofen a. a. O. S. 87. und v. Vangerow a. a. O. S. 289 annehmen, dann hätte hierzu wohl schon einige Jahrhunderte früher Veranlassung vorgelegen, da die Verurtheilung in Geld schon lange vorher doch eigentlich nur ein Auskunftsmittel war, wenn man in Folge der Kaution und angewendeten Zwanges nicht zum Ziele gelangen konnte.

1) Während des Prozesses, d. h. von der Litiskontestation an darf der nicht besitzende Kläger im Eigenthumsprozesse die Sache nicht veräußern, er darf die Eigenthumsklage nicht abtreten, und dieß ist auf alle dinglichen und persönlichen Klagen ausgedehnt, die Abtretung ist nichtig und der Prozeß wird so fortgeführt unter den ursprünglichen Partheien, als sei keine Cession erfolgt.

2) Der besitzende Beklagte darf die von ihm durch die Eigenthumsklage (rei vindicatio oder Publiciana in rem actio) in Anspruch genommene Sache von dem Zeitpunkte der Mittheilung der Klage an nicht veräußern bei Vermeidung einer fiskalischen Strafe, welche auch den wissentlich handelnden Erwerber trifft; die Veräußerung ist nichtig.

Wird der Beklagte mit der actio hypothecaria belangt, so trifft ihn das Veräußerungsverbot nicht, ebensowenig wenn er mit der hereditatis petitio belangt wird,[42]) weil das Gesetz nur von der Eigenthumsklage spricht, mit der hered. petitio nicht das Eigenthum, sondern eine Erbschaft, nicht eine spezielle Sache, sondern eine universitas, ja nicht nothwendig einmal mittelbar eine Sache, sondern auch Forderungen in Anspruch genommen werden.[43]) Noch weniger leidet das Verbot Anwendung, wenn Servituten in Anspruch genommen sind, und man wird, da es sich von einem streng auszulegenden Strafgesetze handelt, selbst nicht einmal bei der Emphyteuse und Superficies das Verbot annehmen dürfen.

---

42) Dagegen steht es nach fr. 5. pr. D. de hered. pet. (V., 3) dem, welcher als Kläger auftreten will, frei, ein Veräußerungsverbot durch den Richter zu erwirken und ebenso mit der Klage ein solches Gesuch zu verbinden. Der Beklagte ist alsdann, wofern er nicht Sicherheit durch Bürgen leistet, an das Veräußerungsverbot bei Strafe der Nichtigkeit der Veräußerung gebunden. Vgl. Glück, Kommentar. Bd. VII. S. 561. §. 569. Wetzel a. a. O. S. 28 und not. 5.

43) v. Buchholtz. Jurist. Abhandlungen Nr. 1. H. Dernburg. Ueber das Verhältniß der heredit. pet. zu den erbschaftlichen Singularklagen §. 2. S. 13. not. 2.

Ausnahmen von diesen beiden Verboten finden statt zu Gunsten der Bestellung zur dos oder ante nuptias donatio, bei der außergerichtlichen vergleichsweisen oder gerichtlichen Theilung von Erbschaftssachen,[44]) oder wenn dieselben durch Legat oder Fideicommiß hinterlassen werden. Im letzteren Falle wird nur der Ausgang des Rechtsstreites als vermacht angesehen.

3) Bei den Theilungsklagen ist die Veräußerung nach wie vor untersagt, die Bestimmungen hierüber sind durch Justinians Anordnungen nicht berührt worden.

Nachdem die Glosse den Fall unter Nr. 2. richtig aufgefaßt hatte, wie sich aus der Anth. Litigiosa res est, de cujus dominio causa movetur inter possessorem et petitorem ad c. 1. C. h. t. und aus der Glosse ad vocem: dominio ergiebt, wurde zuerst von Bartolus die Behauptung aufgestellt, daß auch in dem Falle, wenn actione personali de ipsa re contenditur, et tunc efficitur litigiosa ipsa res.[45]) In dem Kommentare zum Codex h. t. än=

44) Alle übrigen Fälle sind in der c. 4. h. t. mit vel — vel von einander unterschieden, während zwischen transactionis und divisionis rerum hereditariarum ein „aut" steht. Dieß ist wohl nicht ohne Absicht geschehen und dadurch angedeutet, daß diese Worte nur einen Fall begreifen sollen. Wollte man annehmen, daß der Vergleich mit einem dritten gemeint sei, so würde hierdurch der dolosa mens und abscondita machinatio ein offenes Thor gebaut worden sein, da nichts leichter wäre, als auf diese Weise dem Kläger die Sache auf chikaneuse Weise zu entziehen. Brinkmann a. a. O. S. 112. unter Nr. 3. Bachofen a. a. O. S. 87. not. 87.

45) Bartolus Commentar. in digest. novum Basil 1562 ad l. 1. D. de litigiosis. pag. 414. u. ad l. 4. §. 1. D. XXXIX. 3. pag. 109, wo er sich auf die Glosse beruft, die zu dieser Stelle so lautet: Sed numquid litigiosa res est: sed non videtur, sed haec actio (de aqua et aquae pluv. arc.) est personalis, ut infra cod. si tertius; et litigiosa res est, cum de dominio quaeritur, ut in auth. de litig. in princip. coll. 8. E contra videtur, quod sic: quia domino et contra dominum demum datur haec actio, unde quaeritur de domino, ut supra l. 1. pr Prima placet, non quia sit personalis ut C. de litig. l. 4. sed quia de re alienata non quaeritur reali vel personali actione, sed opere facto.

derte er jedoch seine Ansicht, indem er dort lehrt: Si vero agitur actione personali, tunc res numquam efficitur litigiosa.[46]) Diese Meinung wurde indessen später, und bis in die neueste Zeit von Praktikern verfochten,[47]) — so daß sie näher geprüft werden muß. Am ausführlichsten wird diese Behauptung von Didacus Covarruvias l. c. zu begründen gesucht und am eifrigsten von Parladorius l. c. als die einzig richtige hingestellt verb. Et quaeso, an juris ratio patitur, ut actor tot judiciorum dispendia emersus, tantis fori sumtibus et pragmaticorum tanta morositate fractus, cum jam tandem victori frui sperat, spe omni frustratus cum novo rei litigiosae possessore ex integro experiri necesse habeat? Quis tam patiens et plumbeus, qui ad hujusmodi juris ambages adactus non continuo erumpat in vocem ecclamans: Haec non juris, quae boni aequique ars est, sed injuriae fraudisque esse praecepta!

Die ganz ausdrückliche Bestimmung der Nov. 112. wird dadurch hinwegzuräumen gesucht, daß Justinian hier nur beabsichtigt habe, zu bestimmen, daß bei Vindikationen der Zeitpunkt der Litigiosität nicht erst mit der litis contestatio, sondern schon mit der Mittheilung der Klage an den Beklagten eintrete, und wobei freilich ganz

---

46) ibid. pag. 787.

47) Barthol. a Saliceto Commentar. in VII. VIII. et IX. Codicis libros Pars IV. Francofurt. 1615 ad l. 2. C. de litig. p. 645. — Jason Consil. 43 in primo dubio lib. 1. — Felinus in c. dilectae de except. num. 8. vers. et licet Bartolus ibid. dicat. — Didacus Covarruvias Practicae quaestiones. 1573. cap. 15. nr. 6. 7. pag. 98. 99. 100. u. in opp. tom. II. pag. 424sqq. — Gaill Practic. observat. 1580. lib. I. obs. 118. nr. 4. pag. 209. — Schlingwolff. De re litigiosa. 1649. nr. 12. — Parladorius. Rerum quotidianar. 1680. lib. II. cp. fin. Part. 4. §. 2sqq. pag. 365. — Anton Peregrinus. De jure et privil. fisci. Col. Agripp. 1726 lib. IV. tit. VI. nr. 10. pag. 294. — v. Hufnagel. Mittheilungen aus der Praxis der würtembergischen Civilgerichte. Tübingen 1846. Nr. 81. S. 230. vgl. auch Girtanner. Rechtsfälle zu Puchta's Pandekten. Jena 1852. Nr. 88. S. 121.

außer Acht gelassen wurde, daß Justinian den zu Mißverständnissen möglicherweise führenden allgemeineren Ausdruck in der (c. 4. h. t.) „vel res, quas possidet“, nach seiner ausgesprochenen Absicht gerade nur auf Sachen beschränken wollte, de cujus dominio causa movetur und nebenbei auch auf die Mittheilung der Eigenthumsklage an den Beklagten Rücksicht nahm. Außerdem wurde noch geltend gemacht, daß auf Seiten des Klägers kein Unterschied stattfinde zwischen dinglicher und persönlicher Klage, und daß daher wegen der Gleichheit der Rechte beider Partheien im Prozesse dasselbe auch auf Seiten des Beklagten gelten müsse, wobei indessen gegen die ausdrückliche Bestimmung des Gesetzes und gegen die Regel verstoßen wurde, daß Verbotsgesetze nicht ausgedehnt werden dürfen. Die überwiegende Mehrzahl der Juristen, welche sich speciell mit dieser Streitfrage beschäftigen, war daher auch von jeher gegen diese Ansicht.[48]) Uebrigens beschränkten auch die Anhänger jener

48) Hartm. Pistoris Quaestiones. Lips. 1597. lib. I. q. 40. nr. 7sqq. Menochius. De praesumtionibus. Genev. 1670. lib. II. pr. 97. nr. 15. Graev. ad Gaill. Norimb. 1644. Observ. II. obs. 118. Pacius. Analysis ad Codic. tit. de litigiosis 1615. §. 3. 4. Franzke. Variae Resolutiones. 1648 lib. I. res. 11. nr. 23sqq. pag. 161sqq. Codex Fabrianus. Lugduni 1661. lib. VIII. tit. 25 defin. 8. Carpzov. Jurisprud. forens. p. I. c. 32 def. 22. nr. 5. Mevii. Decisiones. Francof. 1712. Pass. VIII. decis. 380. Brunnemann. Comment. ad Cod. Lips. 1708. h. t. §. 37. ad l. 1. Thomae. De litigiosis posit. 7. a Sande. De prohibita rerum alien. 1633. P. I. c. 9. §. 1. Lauterbach. Colleg. theoret. practic. Pand. ad libr. 44. tit. 6. nr. 7. Lauterbach. Consilia Tubingens. Tubing. 1743. Vol. II. cons. 148. q. 3. Müller ad Struv. Syntag. jur. civ. Exercitat. 46. lib. 44. tit. 6. Berger. Resolut. leg. obst. ad lib. 44. tit. 6. Cocceji. Jus civile controvers. lib. 44. tit. 6. q. 4. Hofacker. Principia juris. §. 4384. p. 814. not. e. Weber. Erläuterung der Pandekten. §. 1899. Schweppe, Handbuch des römischen Privatr. Bd. I. §. 162. a. S. 362. Göschen, Vorlesungen über d. gem. Civ. Recht Bd. I. §. 165. S. 481. Sintenis, Prakt. gem. Civilrecht Bd. I. §. 33. S. 332ff. Thibaut, System des Pandektenr. Aeltere Ausgaben. §. 1123. v. Wening-In-

Meinung dieselbe auf solche persönliche Klagen, durch welche die Ueberlieferung der Sache zu dauerndem Uebergange in das Vermögen des Erwerbers in Anspruch genommen wurde, wie z. B. bei der actio emti, so daß bei der Pachtklage allerdings von einer res litigiosa nicht die Rede sei.[49])

Dagegen scheint in neuerer Zeit die ausdrückliche Bestimmung Justinians in Bezug auf den Gegenstand der actio hypothecaria öfters übersehen zu werden.[50])

(Schluß folgt.)

XIV.

Ueber die gegenwärtige Justizverfassung des Herzogthums Schleswig.

Die Umwälzungen, welche das Herzogthum Schleswig seit dem Jahre 1850 erfahren, sind auch auf die Justizverfassung desselben von wesentlichem Einfluß gewesen und haben auch in dieser Beziehung zu beklagenswerthen Rückschritten geführt.

Bis zum Jahre 1850 war Schleswig in Ansehung seiner Rechts- und Gerichtsverfassung ein durchaus deutsches Land. Wie in den meisten Gegenden Deutschlands sind die einheimischen statutarischen Rechtsnormen mit den Bestimmungen des Römischen und gemeinen Deut-

---

genheim. Lehrbuch des gem. Civilr. ältere Ausg. Bd. II. Buch III. §. 72. not. r. Wächter. Würtembergisches Privatrecht. Bd. II. S. 528. Martin, Lehrbuch des bürgerlichen Prozesses §. 152. Bayer, Vorträge zu Martin. 7. Aufl. S. 315. 316. von Langenn und Kori, Erörterungen prakt. Rechtsfragen Th. II. nr. 19. S. 183 ff. u. S. 190 ff. Brinkmann a. a. O. §. 3. S. 50 ff.

49) Einen hierher gehörigen Rechtsfall s. bei Strippelmann a. a. O. S. 432. Nr. 2, wo von der Klage aus dem Pachtvertrage die Rede ist.

50) So bei Sintenis a. a. O. Bd. I. S. 333. not. 11.